

1 Wielemaker/De Schelde

Uitspraak: Hoge Raad 7 mei 1976
Vindplaats: ECLI:NL:HR:1976:AB9771
Onderwerp: Doorbetaling loon
Bron: NJ 1977/55

UITSPRAAK

Partijen

S. Wielemaker, eiser tot cassatie

tegen

de naamloze vennootschap Koninklijke Maatschappij ‘De Schelde’ NV, te Vlissingen, verweerster in cassatie

1 DE CONCLUSIE VAN DE ADVocaAT-GENERAAL

Andermaal is hier aan de orde de werkstaking op 17 en 18 febr. 1972 bij verweerster in cassatie (De Schelde). Tot aan het eind van de vijftiger jaren dezer eeuw vormden de juridische achtergronden en consequenties van de werkstaking (voor een definitie waarvan ik moge verwijzen naar Zonderland ‘Staking en Tegenstaking’ – 1974 – blz. 157 e.v.) weinig onderwerp van discussie.

In ons land werd algemeen aangenomen, dat deelnemen aan een staking als wanprestatie van de arbeiders moest worden beschouwd met alle gevolgen van dien (Bakels en Opheikens ‘Schets van het Nederlands Arbeidsrecht’ – 1974 – blz. 92). Niettemin werd de facto een zekere stakingsvrijheid van de vakbonden en de betrokken arbeiders geaccepteerd. ‘Deze acceptatie berustte ongetwijfeld mede op de overweging, dat het vrije privaatrechtelijke overleg over arbeidsvoorwaarden alleen tot maatschappelijk aanvaardbare resultaten kon leiden indien de onderhandelingspartners vraag en aanbod gelijkelijk kunnen beïnvloeden; een vakvereniging met stakingsvrijheid werd rechtvaardig geacht als tegenwicht tegenover de economisch sterkere werkgevers (organisaties). Dienovereenkomstig werd de werkstaking ook niet allereerst als een juridisch fenomeen benaderd. Veeleer werd gezocht naar informele oplossingen’ (Bakels en Opheikens, o.c., blz. 93). Na 1958 is hierin verandering gekomen. Met name het Panhonlibco-arrest (HR 15 jan. 1960, NJ 1960, 84) heeft de juridische problemen rondom de werkstaking naar de voorgrond gehaald. In dit arrest heeft de HR de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de individuele werknemer tot uitgangspunt genomen en voorts overwogen:

‘dat dit uitgangspunt (...) meebrengt dat ook bij werkweigering in collectief verband in beginsel zal moeten gelden dat de weigering van den werknemer om de arbeidsprestatie te verrichten, waartoe hij tegenover den werkgever op grond van de arbeidsovereenkomst is gehouden, een wanprestatie van dezen tegenover genen oplevert;

dat nochtans mogelijk is dat de omstandigheden waaronder zulk een werkweigering plaats vindt, van dien aard zijn dat naar de heersende rechtsovertuiging in redelijkheid van de werknemers niet kan worden gevergd den arbeid voort te zetten of bepaalde werkzaamheden te verrichten en in zodanig geval van wanprestatie van de zijde van de werknemers niet kan worden gesproken.’

Met name van werknemerszijde is dit arrest bestreden. Een benadering van deelname aan een werkstaking vanuit de individuele arbeidsovereenkomst werd onjuist geacht. Uit de discussies is naar voren gekomen, dat de werkstaking gezien en geregeld diende te worden vanuit de collectiviteitsgedachte. 'In het groeiend arbeidsrecht eist de gedachte van de gemeenschap een steeds groter plaats op, de organisatie in verband des geheels vraagt de belangstelling, op de plichten en rechten van werkgever en werknemer beide in en tegenover die gemeenschap komt nadruk te vallen' (aldus: Levenbach 'Arbeidsrecht als deel van het recht', openbare les, 15 dec. 1926: in afscheidsbundel Levenbach, blz. 71). Zoals evenwel de collectieve arbeidsovereenkomst niet past in de bepalingen van het BW en dan ook in een aparte wet is geregeld, zo past ook de werktaking en hare gevolgen niet in die bepalingen. De wens naar een wettelijke regeling van de werkstaking heeft tenslotte haar verwezenlijking gevonden in twee wetsontwerpen nos. 10 110 en 10 111, resp. 'Regelen met betrekking tot commissies van onderzoek inzake werkstaking' (zi. 1968-1969, 10 110) en 'Wettelijke bepalingen met betrekking tot de werkstaking' (zi. 1968-1969, 10 111), welke ontwerpen met de belangrijkste Kamerstukken zijn opgenomen in voormeld werk van Zonderland, blz. 302 e.v. Hoewel uit een 'Verslag van een mondeling overleg' (Bijl. Hand. IIde K. zi. 1974-1975, no. 12, blz. 3) van het voornemen van de Regering blijkt om het wetsontwerp 10 111 in te trekken, meen ik toch, dat de parlementaire behandeling ervan haar belang voor het onderhavig geschil niet heeft verloren. De overige juridische problemen rondom de werkstaking verder ter zijde latend, wil ik nu nader ingaan op de aan de onderhavige procedure ten grondslag liggende problematiek.

Afgezien van de speciale omstandigheden is in het onderhavig geding aan de orde de vraag of, wanneer in een bedrijf een aantal werknemers staakt, tengevolge waarvan andere werknemers, die niet staken en van hun bereidheid hebben doen blijken de overeengekomen arbeid te verrichten, hun werk niet kunnen doen, de werkgever gehouden is aan die werkwilligen hun loon door te betalen. Op het eerste gezicht zou men zeggen, dat Uw Raad deze vraag in het arrest van 10 nov. 1972 (NJ 1973, 60, 'De Schelde/Meijer') bevestigend heeft beantwoord. De casus-positie, die aan dat arrest ten grondslag lag, was identiek aan de onderhavige. Meijer was werknemer bij De Schelde en bereid zijn werk te verrichten, doch is daartoe verhinderd geworden door de 'wilde' staking van een aantal werknemers op 17 en 18 febr. 1972. De Ktr. heeft de vordering van Meijer tot uitbetaling van zijn loon over die dagen toegewezen en Uw Raad heeft het daartegen gerichte cassatieberoep in het belang der wet verworpen.

Voor de onderhavige materie zijn van belang de artt. 1638a t/m d BW, waarvan art. 1638b luidt:

'Geen loon is verschuldigd voor den tijd gedurende welken de arbeider den bedongen arbeid niet heeft verricht'

en het eerste lid van art. 1638d:

'Ook verliest de arbeider zijne aanspraak op het naar tijdsruimte vastgesteld loon niet, indien hij bereid was den bedongen arbeid te verrichten, doch de werkgever daarvan geen gebruik heeft gemaakt, hetzij door eigen schuld of zelfs ten gevolge van, hem persoonlijk betreffende toevallige verhindering.'

In de zaak *De Schelde/Meijer* heeft de Ktr., na vaststelling van de feitelijke gang van zaken o.m. overwogen:

'Thans blijft ter beantwoording de vraag of bedoelde 'wilde' staking en daarmee gepaard gaande barricadering van de toegang tot het bedrijf was een de werkgeefster persoonlijk betreffende toevallige verhindering om Meijer de bedongen arbeid te laten verrichten. Het lijkt in strijd met de billijkheid om het risico van dergelijke 'wilde' stakingen af te wentelen op het werkwillige personeel. Het risico dat tengevolge van dergelijke 'wilde' acties bepaalde werknemers de bedongen arbeid niet kunnen verrichten is naar

Ons oordeel binnen zekere grenzen als een normaal bedrijfsrisico te beschouwen en dit is ongetwijfeld het geval wanneer de stillegging van het bedrijf slechts van korte duur is geweest'. Na een verwijzing naar de regeling in art. 1638c (in geval van ziekte van de arbeider) heeft de Ktr. voorts overwogen:

'In dit licht bezien moet bedoelde 'wilde' staking worden beschouwd als een de werkgeefster persoonlijk betreffende toevallige verhindering.'

In zijn voordracht en vordering tot cassatie in het belang der wet heeft de Adv.-Gen. Kist deze opvatting van de Ktr. bestreden. Ik moge naar de inhoud van deze voordracht en vordering verwijzen mede voor wat betreft de aangehaalde literatuur en rechtspraak alsook naar de daarin opgenomen passage uit de MvA bij het wetsontwerp 10 111.

Zoals gezegd heeft Uw Raad het cassatieberoep verworpen. De desbetreffende overwegingen moge ik hier laten volgen:

'dat een redelijke toepassing van de artt. 1638b en 1638d BW meebrengt dat de arbeider zijn aanspraak op loon behoudt, indien de bedongen arbeid – buiten schuld van beide pp. – niet gebruikt kan worden ten gevolge van een omstandigheid die in de verhouding tussen de pp. meer in de risicosfeer van de werkgever of diens bedrijf ligt dan in die van de arbeider;

dat in het onderhavige geval blijkens de bestreden uitspraak D. Meijer werknemer in dienst van KMS, op 17 en 18 febr. 1972 geen arbeid voor KMS heeft kunnen verrichten, omdat stakende arbeiders in dienst van KMS door het barricaderen van de hoofdboort van het bedrijf van KMS en het blokkeren van de daarnaast gelegen voetgangersingang Meijer hebben verhinderd het terrein van KMS te betreden en aldaar zijn werkzaamheden te verrichten;

dat het hier blijkens die uitspraak een staking betrof, waaraan slechts een klein aantal van de werknemers van KMS heeft deelgenomen en waar Meijer persoonlijk buiten stond;

dat die staking, welke een regeling omtrent lonen en andere arbeidsvoorwaarden in de metaalindustrie tot inzet had, gericht was tegen KMS als werkgever in die industrie en dat het voortduren van de actie, welke KMS heeft verhinderd van de arbeid van Meijer gebruik te maken, mede afhankelijk was van beleidsbeslissingen van de werkgever, die zowel de vraag of en in hoeverre aan de eisen van de stakers zou worden toegegeven, als de vraag of politiehulp tegen de barricaderende arbeiders zou worden ingeroepen, had te beoordelen;

dat, gelet op het bovenstaande, de Ktr. de betekenis van de artt. 1638b en 1638d niet heeft miskend door de omstandigheden welke in dit geval de werkgever hebben verhinderd van de arbeid van Meijer gebruik te maken, als een de werkgever persoonlijk betreffende, toevallige verhindering te beschouwen, en door op grond daarvan te oordelen dat Meijer zijn aanspraak op loon over de dagen waarin hem de toegang tot het terrein van zijn werk was ontzegd niet uit hoofde van art. 1638b heeft verloren.'

In de onderhavige zaak heeft de Ktr. onder verwijzing naar zijn vonnis in de zaak De Schelde/Meijer en voorschreven arrest van Uw Raad de vordering van thans eiser tot cassatie (Wielemaker) toegewezen. De Rb. heeft bij het bestreden vonnis het vonnis van de Ktr. vernietigd en aan Wielemaker zijn vordering ontzegd.

Ik geloof echter niet, dat reeds op grond van de beslissing in de zaak *De Schelde/Meijer* het vonnis van de Rb. in de onderhavige zaak als onjuist gewezen kan worden aangemerkt.

Het arrest van Uw Raad heeft geen onverdeelde instemming gevonden. Het is bestreden door Zonderland in 'De onderneming' van 1 dec. 1972 en in zijn hoger aangehaald werk blz. 228 e.v. en door Bockwinkel in SMA 1974 blz. 370 en in zijn noot in SMA 1973 blz. 346. Leijten (NJB 1973 blz. 377) en Van Peijpe (SMA 1974, blz. 149) hebben zich bij de opvatting van de HR aangesloten. Hoewel niet afwijzend heeft Scholten in zijn noot onder dit arrest en in zijn noot onder HR 21 dec. 1973, NJ 1974, 142, toch met enige reserve gereageerd. Tenslotte wil ik nog aanhalen, hetgeen E.P. de Jong heeft opgemerkt in 'Een inleiding tot het denken over arbeidsconflictenrecht' (1975) naar aanleiding van het arrest *De Schelde/Meijer* en het arrest van 21 dec. 1973, NJ 1974, 142 (Mabuwat/Zonneveld; dat wel op dezelfde staking betrekking heeft doch op een andere arbeidsverhouding dan i.c. en dus verder buiten beschouwing kan blijven):

'Mijns inziens heeft de HR met de dicta in de *Schelde*-arresten geen afkeuringswaardige of juist toe te juichen algemene beginselen willen poneren. De discussie zelf alsmede de felheid waarmee zij gevoerd werd, zijn voor een groot deel terug te voeren tot een onverantwoorde generalisatie van het arrest van de HR tot een algemeen geldend beginsel. Dat de grenzen van art. 1638d onduidelijk zijn, is bekend en dat van daaruit verschuivingen in risicosferen mogelijk waren, lag dus voor de hand. Een en ander leidt echter niet, ook niet in de arresten van de HR, tot een algemeen geldend beginsel, dat een staking tengevolge waarvan niet gearbeitet kan worden het recht op loon onaangetast laat' (blz. 174).

Mij hierbij aansluitend, ben ik van mening, dat aan het arrest *De Schelde/Meijer* voor de onderhavige zaak geen doorslaggevende betekenis kan worden toegekend.

In de eerste plaats moge ik er op wijzen, dat de HR, na het toepassingscriterium van de artt. 1638b en 1638d voorop te hebben gesteld, een feitensubstraat heeft vastgelegd en tenslotte niets anders heeft beslist dan dat de Ktr. de betekenis van de artt. 1638b en 1638d niet heeft miskend door de omstandigheden welke in dit geval (ik cursiveer) de werkgever hebben verhinderd van de arbeid van Meijer gebruik te maken, als een de werkgever persoonlijk betreffende, toevallige verhindering te beschouwen. De feitelijke omstandigheden van het geval zijn bepalend voor de marginale toetsing door de HR.

Wel valt op, dat de HR de artt. 1638b (de hoofdregel) en 1638d (de uitzondering) als het ware heeft gelijkgeschakeld: geen arbeid, geen loon, wanneer het 'geen arbeid' meer in de risicosfeer van de werknemer is gelegen, geen arbeid, wel loon, wanneer het 'geen arbeid' meer in de risicosfeer van de werkgever of zijn bedrijf is gelegen. Daarmee is de regeling van de individuele arbeidsovereenkomst min of meer aangepast aan de collectiviteitsgedachte van waaruit de gevolgen van een werkstaking dienen te worden benaderd.

In de tweede plaats verschilt de feitelijke grondslag waarop de HR het oordeel van de Ktr. over de betekenis van de artt. 1638b en 1638d heeft getoetst aan die in de onderhavige zaak op een m.i. toch wel essentieel punt. Blijkens de desbetreffende overweging heeft de HR in het arrest *De Schelde/Meijer* gewicht gehecht aan de omstandigheid, dat het voortduren van de actie mede afhankelijk was van beleidsbeslissingen van de werkgever, die zowel de vraag of en in hoeverre aan de eisen van de stakers zou worden toegegeven, als de vraag of politiehulp tegen de barricaderende arbeiders zou worden ingeroepen, had te beoordelen. Men kan zich afvragen of hier toch niet weer, n'en deplaise het vooropgestelde principe omtrent de toepasselijkheid van de artt. 1638b en 1638d, een verwijt van schuld tot de werkgever is gericht en dat daarom de risico-afweging te zijnen nadele diende uit te vallen. Doch wat daar van zij,

in de onderhavige zaak staat zonder meer vast, dat van enige beleidsbeslissing omtrent de eisen van de stakers geen sprake kon zijn, omdat de betreffende staking was aan te merken als een 'wilde staking' bij wijze van protest tegen het aan de stakers niet welgevallig vonnis van 3 febr. 1972, niet gesteund door enige erkende organisatie (zie het bestreden vonnis r.o. 3).

Bovendien is in de onderhavige zaak onbetwist, dat De Schelde met betrekking tot eventuele politiehulp volkomen machteloos was, zodat ook op dit punt voor een beleidsbeslissing geen plaats kan zijn geweest.

In de derde plaats vraag ik mij met Bockwinkel (SMA 1974, blz. 371) en de geeerde pleiter voor De Schelde af of art. 1638d toepasselijk is in een situatie als aan dit geding ten grondslag ligt. Weliswaar kan er van worden uitgegaan, dat Wielemaker bereid was tot het verrichten van de overeengekomen arbeid, maar door de barricadering van de toegangspoorten van het terrein van De Schelde verkeerde hij in de volstrekte onmogelijkheid om zijn prestatieplicht te vervullen. Hoewel voor de toepasselijkheid van art. 1638d in het algemeen niet vereist is, dat de werknemer niet alleen bereid is arbeid te verrichten maar ook daartoe in staat is i.c. de werknemer geheel buiten toedoen van de werkgever in de onmogelijkheid komen te verkeren welke prestatie dan ook tegenover zijn werkgever te leveren. De situatie is dus anders dan wanneer door staking van het personeel op een vitale afdeling van het bedrijf het werk op andere afdelingen stil komt te liggen. Het was i.c. niet de staking, die De Schelde de mogelijkheid ontnam Wielemaker te werk te stellen (in welke afdeling dan ook) maar de barricaden, derhalve een onrechtmatige daad van derden.

Maar dan moet hier de algemene regel gelden, dat indien bij een wederkerige overeenkomst de ene partij door overmacht verhinderd is te presteren, ook de wederpartij van zijn verplichting is ontslagen (HR 17 juni 1949, NJ 1949, 544, 'Stalen-Steiger-arrest' met noot van Veegens).

Tenslotte moge ik er op wijzen, dat voor de Schelde-arresten van Uw Raad het toch wel communis opinio was, dat in geval van een zgn. deelstaking (een klein aantal van de werknemers, bijv. van een bepaalde afdeling van een bedrijf, gaat in staking), waardoor aan andere – werkwillige – werknemers de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid wordt ontnomen, de werkgever ontslagen was van zijn verplichting tot doorbetaling van het loon ook aan de werkwilligen (Meijers 'De Arbeidsovereenkomst' – 1924 – blz. 122, De Gaay Fortman 'Recht doen' blz. 184, Kamphuisen 'De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst' – 1956 – blz. 163, Van der Grinten 'Arbeidsovereenkomstenrecht' – 1971 – blz. 196 en de in de voormelde voordracht en vordering van de Adv.-Gen. Kist aangehaalde passage uit de MvA bij het wetsontwerp 10 111). In België en Duitsland is geen loon verschuldigd, wanneer de werknemer zijn werk niet kan doen tengevolge van een staking van andere werknemers, zelfs indien de verhinderende een gevolg is van een staking in een ander bedrijf (Steyaert 'Arbeidsovereenkomst' – 1973 – blz. 546, Blanpain 'Handboek van het Belgisch Arbeidsrecht' – 1968 – blz. 416 en Hueck-Nipperdey 'Lehrbuch des Arbeitsrechts' II, 2 – 1970 – blz. 945).

Hoewel de werkgever in principe het volle bedrijfsrisico draagt, acht men het in het algemeen niet billijk hem op grond van dat beginsel tot betaling van loon verplicht te achten, wanneer van werknemerszijde de werkgelegenheid wordt opgeheven voor zover althans de werkgever geen verwijt treft (zie: Bundes Arbeitsgericht 8 febr. 1957 bij Zonderland, o.c., blz. 142). Hier gaat men uit van de gedachte van de collectiviteit der werknemers en de daarin gelegen solidariteit. In de tweede plaats is de verplichting tot doorbetaling van loon aan werkwilligen bij deelstaking onredelijk en onbillijk, omdat aldus de werkgever in feite de staking mede zou moeten financieren (zie: de MvA bij het wetsontwerp 10 111 en Tomandl in 'Archiv für die civilistische Praxis' – 1964 – blz. 214: 'Es bleiben somit zwei Argumente, die beim Teilstreik zu beachten und näherer Prüfung wert sind, die Solidarität der Arbeitnehmer bewirke, dass